# Über die Entstehung und die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche beim Kauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

## Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Rostock

vorgelegt von



Max Rump

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1914.

Referent: Geh. Justizrat Prof. Matthiaß.

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet.

# Inhaltsverzeichnis.

# Literaturverzeichnis.

## A. Einzelwerke und Aufsätze.


**Aschheim**, Der Wandelungsanspruch beim Kauf des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. Rostock 1902.

**Balcke**, Welche Rechte hat der Käufer von Gattungssachen bei Lieferung mangelhafter Sachen nach gemeinem Recht und dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. Freiburg 1900.

**Betzinger**, Berührungspunkte zwischen den ädilizischen Rechtsbehelfen (§§ 459 ff. BGB.) und der Anfechtung wegen Irrtums (§ 119 BGB.). Im Recht 1903 S. 277.

**v. Blume**, Das Verhältnis des Anfechtungsrechtes zum Wandelungsrechte beim Kauf- und beim Werkvertrage. Im Recht 1907 S. 351.

**Biermann**, Bürgerliches Recht. Bd. 1. 1908.

**Bötzow**, Die ädilizischen Rechtsmittel beim Genuskauf. Diss. Greifswald 1891.

**Breit**, Das Vinkulationsgeschäft. Tübingen 1908.

**Cosack**, Bürgerliches Recht. 5. Aufl. 1910.

**Crome**, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1902.

**Dernburg**, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 3. Aufl. 1907.

**Düringer-Hachenburg**, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. 2. Aufl. 1913.

**Eccius**, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 305 ff.

**Eckert**, Die Haftung des Verkäufers und Unternehmers für Mängel und Fehler nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Rostock 1902.

**Emerich**, Kauf- und Werklieferungsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1899.

**Endemann**, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. Bd. 1.

**Enneccerus-Lehmann**, Bürgerliches Gesetzbuch. 6.—8. Aufl. Marburg 1912.

**Ey**, Die Vollziehung der Wandelung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Erlangen 1908.

**Fischer**, Konzentration und Gefahrübergang bei Gattungsschulden. In Iherings Jahrbüchern Bd. 51 S. 199 ff.

**Fischer-Henle**, Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Aufl. 1906.

**Franke**, Zur Wandelung des Kaufs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In den Blättern für Rechtsanwendung 1907 S. 517 ff.

**Franke**, Die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache. Diss. Rostock 1902.

**Franke**, Das Sonderrecht des Viehkaufs. Berlin 1910.
**Hoeniger**, Lieferung mangelhafter Ware nach eingetretenem Lieferungsverzuge. In der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- usw. Recht 1911 S. 578 ff.
**Jacobi**, Zur Lehre vom Sukzessivlieferungsvertrag. In Gruchots Beiträgen Bd. 50 S. 241.
**Kaulbach**, Die Konstruktion der Wandelung und Minderung im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Rostock 1903.
**Kemmerich**, Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers wegen Mängel der Sache nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Erlangen 1899.
**Kisch**, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit. Jena 1900.
**Knott**, Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Haftung des Verkäufers für Mängel der verkauften Sachen, verglichen mit den allgemeinen Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Leistung. Diss. Halle 1903.
**Kohler**, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1906.
**Kuhlenbeck**, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze. Bd. 1. 2. Aufl. Berlin 1903.
**Lamm**, Das Verhältnis der Wandelung zur Anfechtung des Kaufs wegen Irrtums oder Betruges und die Zulässigkeit der Wandelung vor der Übergabe der Kaufsache. Diss. Heidelberg 1909.
**Leistner**, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. Erlangen 1900.
**Leonhard**, Die Beweislast. Berlin 1904.
**Matthiaß**, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. 1910.
**Matthiaß**, Wandelung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. In der Deutschen Juristenzeitung 1902 Nr. 9.
**Merbach**, Die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache. Diss. Rostock 1902.
**Müller**, Der Sukzessivlieferungsvertrag. In Gruchots Beiträgen Bd. 50 S. 508 ff.
**Müller**, Die Vollziehung der Wandelung. Diss. Greifswald 1909.
**Neumann**, Jahrbuch des deutschen Rechts.
**Neumann**, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 4. Aufl. 1905.
**Oertmann**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. 3./4. Aufl. Berlin 1910.
**Oertmann**, Zur Lehre von der Wandelung. Im Recht 1904 Nr. 1 u. 2.
**Planck**, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl. 1907.
**Schollmeyer**, Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf. In Iherings Jahrbüchern Bd. 49 S. 93 ff.
**Schernowsky**, Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Haftung des Verkäufers für Mängel der verkauften Sache, verglichen mit den allgemeinen Bestimmungen über Unmöglichkeit der Leistung. Diss. Rostock 1902.
**Schroeder**, Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf. 1903.

**Schroth**, Der Wandelungsanspruch nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. Leipzig 1909.
**Staub**, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Berlin 1908.
**Staub**, Die positiven Vertragsverletzungen. 1904.
**Staudinger**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und dem Einführungsgesetz. 7./8. Aufl. München u. Berlin 1912.
**Steinitz**, Die Voraussetzung der Rechte auf Wandelung und Minderung. Diss. Breslau 1901.
**Titze**, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.
**Werner**, Streitfragen aus dem Gebiete des Wandelungsrechtes. Im Recht 1902 S. 282 ff., 338 ff., 476 ff.
**Windscheid-Kipp**, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.
**Winter**, Über das Recht zur Wandelung oder zum Rücktritt bei Sukzessivlieferungsverträgen. In Gruchots Beiträgen Bd. 48 S. 193 ff.
**Wolff**, Sachmängel beim Kauf. In Iherings Jahrbüchern Bd. 56 S. 1 ff.

## B. Benutzte Sammelwerke und Zeitschriften.

Deutsche Juristenzeitung.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Juristische Wochenschrift.
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Motive zum Entwurf (I) eines Bürgerlichen Gesetzbuches.
**Falkmann**, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
**Neumann**, Jahrbuch des deutschen Rechts.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches.
Recht, Das, Organ des deutschen Juristenstands.
**Seufferts** Archiv für die zivilistische Praxis.
**Seufferts** Blätter für Rechtsanwendung.
**Sörgel**, Rechtsprechung zum gesamten Zivil-, Handels- und Prozeßrecht des Reichs und der Bundesstaaten.
**Warneyer**, Jahrbuch der Entscheidungen.

Die Abkürzungen sind in der allgemein üblichen Weise vorgenommen worden.

# A.

Die Bestimmungen über die Gewährleistung wegen Sachmängel sind im Bürgerlichen Gesetzbuch unter den für den Kauf gegebenen Vorschriften in den §§ 459—493 geregelt.

Der § 459 BGB. lautet:

„Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kommt nicht in Betracht.

Der Verkäufer haftet auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Überganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat".

In welcher Weise der Verkäufer für einen von ihm nach § 459 BGB. zu vertretenden Mangel haftet, wird durch den § 462 BGB. bestimmt, wonach der Käufer wegen eines solchen Mangels Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen kann. Gegebenenfalls, nämlich wenn der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, oder wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat, kann Käufer statt der obengenannten Ansprüche Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§ 463 BGB.).

Im allgemeinen geht die Gefahr mit der Übergabe der gekauften Sache an den Käufer auf diesen über.[1]) An die Stelle der Übergabe tritt bei Grundstückskäufen die Eintragung des Käufers als Eigentümer in das Grundbuch, wenn diese vor der

---

[1]) § 446 Abs. 1 BGB.

Übergabe erfolgt.[2]) Beim Versendungskauf erfolgt der Gefahrübergang bereits mit der Auslieferung der Kaufsache an den Spediteur, Frachtführer usw.[3]) Eine weitere Ausnahme bildet noch der Erbschaftskauf (§ 2380 BGB.), der aber hier nicht in Frage kommt.

Es herrscht nun in der Wissenschaft und Praxis lebhafter Streit darüber, welche Bedeutung der Gefahrübergang für die Entstehung und Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche hat; ob der tatsächlich erfolgte Gefahrübergang eine Voraussetzung für die Zulässigkeit der genannten Ansprüche ist und ihre zeitliche Begrenzung bedeutet, dergestalt, daß vorher überhaupt keine Gewährleistungsansprüche gegeben sind, und ob andererseits Mängel, die zwar zur Zeit des Gefahrübergangs vorhanden sind, aber beseitigt werden können, die Gewährleistungsansprüche geben, und endlich, ob die Gewährleistungsansprüche auch dann Anwendung finden, wenn die Mängel erst nach dem Gefahrübergang entstanden sind.

## I.

Was zunächst die Entstehung der Gewährleistungsansprüche betrifft, so behauptet das Reichsgericht[4]) in einem Falle, in dem es sich um die Zusicherung einer bestimmten Größe eines gekauften Grundstückes handelt:

„Die Wandelung wegen einer Differenz in der zugesicherten Größe eines gekauften Grundstückes beruht, wie die Stellung der sie regelnden Vorschriften in dem Abschnitte über die Gewährleistung wegen Mängel der Sache beweist, auf der Gewährleistungspflicht des Verkäufers; sie hat daher, wie alle Gewährleistungsansprüche des Käufers, ihre gesetzliche Grundlage in der schon erfolgten Übergabe des Grundstückes an den Käufer, der für eine nicht vertragsmäßige Beschaffenheit des ihm verkauften und übergebenen Grundstückes Gewähr geleistet haben will“.

---

[2]) § 446 Abs. 2 BGB.

[3]) § 447 Abs. 1 BGB.

[4]) RGE. Bd. 53 S. 70ff.

Das Reichsgericht fährt dann fort:

„Daß das Bürgerliche Gesetzbuch in Übereinstimmung mit dem preuß. allgem. Landrecht die Gewährleistungsansprüche auf die Geltendmachung von Mängeln übergebener Grundstücke beschränkt hat, ergibt neben dem angeführten inneren Grunde sowohl die Begrenzung der Haftung für einen Mangel auf den Zeitpunkt des Gefahrüberganges wie auch den Verjährungsbeginn dieser Ansprüche mit dem Zeitpunkte der Grundstücksübergabe (§ 477 BGB.)".

Denselben Standpunkt vertritt das Reichsgericht auch beim Kauf beweglicher Sachen.[5])

Betrachten wir zunächst den letzten Grund des Reichsgerichts, der sich auf den Verjährungsbeginn der Gewährleistungsansprüche stützt. Die Ansicht des Reichsgerichts in dieser Beziehung ist auch in der Wissenschaft mehrfach vertreten.[6]) So meint Fischer,[7]) es bestehe kein Grund, daran zu zweifeln, daß die Verjährungsfrist des § 477 sich im Einklang mit der allgemeinen Bestimmung des § 198 BGB. befände. Dieses lasse sich sehr wohl vereinigen mit den Erwägungen der Protokolle, wonach der Beginn der Verjährung bei Mängeln beweglicher Sachen deshalb an den Zeitpunkt der Ablieferung geknüpft wurde, weil dem Käufer in diesem Augenblicke die Möglichkeit gegeben sei, die Sache zu untersuchen und etwaige Mängel zu entdecken.

Diese Behauptung ist m. E. nicht zutreffend. Die Gegner stützen sich mit ihrer Ansicht auf die §§ 198, 477 Abs. 1 BGB. Nach § 198 BGB. beginnt die Verjährung mit der Enstehung des Anspruches. Weil nun nach § 477 Abs. 1 BGB. der Anspruch auf Wandelung oder Minderung sowie der Anspruch auf Schadensersatz wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft, also sämtliche Gewährleistungsansprüche — allerdings unter der einschränkenden Voraussetzung, daß der Verkäufer den Mangel nicht arglistig verschwiegen hat — bei beweglichen Sachen in sechs Monaten von der Ablieferung, bei Grundstücken in einem Jahr von der Über-

---

[5]) RG. v. 16. 2. 1905, JW. 1905 S. 230 Nr. 7; ferner RG. v. 11. 3. 1911, JW. 1911 S. 339.

[6]) vgl. Fischer S. 225; Winter S. 199; Cosack § 127 Nr. 3 S. 531; Dernburg § 185 I S. 69.

[7]) a. a. O. S. 225.

gabe an verjähren, so folgern sie daraus, daß diese Ansprüche erst mit der Übergabe entstehen.

Angenommen der § 198 habe tatsächlich solche ausschließliche Geltung, daß die Verjährung immer mit der Entstehung des Anspruches beginnt, so würden allerdings bei Grundstückskäufen die Gewährleistungsansprüche erst mit der Übergabe entstehen. Wenn aber das Reichsgericht und die ihm beipflichtenden Gelehrten die Übergabe als Zeitpunkt des Entstehens der Gewährleistungsansprüche auch bei beweglichen Sachen bezeichnen, so widerspricht das dem klaren Wortlaut des § 477 Abs. 1 BGB. Dieser sagt ja ausdrücklich, daß die Verjährung der genannten Ansprüche von der Ablieferung der gekauften beweglichen Sache an läuft. Wie aber das Reichsgericht wiederholt[8]) selbst gesagt hat, ist der Begriff der Ablieferung nicht mit dem der Übergabe identisch. Ersterer ist lediglich eine einseitige Handlung des Verkäufers, die „den Käufer in diejenige tatsächliche räumliche Beziehung zur Ware" setzt, „die es ihm ohne weiteres ermöglicht, sich in den Besitz der Ware zu versetzen und über sie zu verfügen".[9]) Dagegen ist die Übergabe ein zweiseitiger Rechtsakt der Besitzübertragung. In der Regel fallen allerdings Ablieferung und Übergabe zeitlich zusammen. Es kann aber die Ablieferung auch der Übergabe vorausgehen oder ihr nachfolgen. Z. B.: Es bestellt jemand bei einem andern einen Sack Kartoffeln. Der Verkäufer bringt in der Abwesenheit des Käufers den Sack Kartoffeln in den ihm wohlbekannten Keller des Käufers und macht diesem erst am folgenden Tage, als er das Kaufgeld holen will, davon Mitteilung. Die Ablieferung ist hier schon am Tage vorher erfolgt, die Übergabe jedoch erst am Tage darauf, als der Verkäufer den Käufer davon benachrichtigte. Umgekehrt: Es probiert jemand in einem Hutladen einen Strohhut auf und erklärt, nachdem er einen passenden gefunden hat, diesen behalten zu wollen. Die Übergabe hat damit stattgefunden. Weil es aber draußen regnet, bittet er, ihm den Strohhut in seine Wohnung zu schicken. Der Verkäufer läßt den Hut am

---

[8]) RG. v. 5. 5. 1808, Warneyer Bd. 1 N. 504; RGE. Bd. 5 Nr. 8 S. 31.

[9]) Düringer-Hachenburg Anm. 24 S. 24, ferner S. 204 Anm. 249; vgl. ferner Matthiaß S. 505; Staudinger § 477, 4 S. 720; Oertmann § 477, 2a S. 457; Kuhlenbeck Anm. 2 zu § 477 S. 395.

andern Tage durch seinen Laufburschen in der Wohnung des Käufers abliefern. Dann ist eben erst hiermit die Ablieferung erfolgt. Wenn sich also auch praktisch Ablieferung und Übergabe in den meisten Fällen decken, so sind die Begriffe doch vom juristischen Standpunkte aus scharf zu unterscheiden. Sind aber Ablieferung und Übergabe begrifflich verschieden, so ist auch die Behauptung des Reichsgerichts und der mit ihm übereinstimmenden Gelehrten falsch, daß die Verjährung der Gewährleistungsansprüche mit der Übergabe der beweglichen Kaufsache beginne, vielmehr kann die Verjährung, wie aus dem Ausgeführten hervorgeht, sowohl vor wie auch nach der Übergabe beginnen. Es läßt sich also die Behauptung, die Gewährleistungsansprüche entständen bei beweglichen Sachen mit der Übergabe, nicht mit dem Verjährungsbeginn der Ansprüche begründen.

Aber auch für den Kauf von Grundstücken ist die gegnerische Ansicht nicht haltbar. Hat denn § 198 BGB. tatsächlich ausschließliche Geltung, so daß unter allen Umständen die Verjährung mit der Entstehung des Anspruches beginnt? Dieses ist m. E. zu verneinen. Der § 198 Satz 1 BGB. sagt allerdings: „Die Verjährung beginnt mit der Entstehung des Anspruchs". Damit soll aber keineswegs gesagt sein, daß in allen Fällen die Entstehung des Anspruches mit dem Beginn der Verjährung zusammenfällt. Der Satz des § 198 BGB. hat vielmehr die Bedeutung, daß in all den Fällen, wo das Gesetz ohne Angabe eines Anfangstermins einfach bestimmt: der Anspruch verjährt in . . . Monaten (Jahren), die Verjährung von der Entstehung des Anspruchs ab zu laufen beginnt. Es ist dann in jedem Falle festzustellen, wann der einzelne Anspruch entstanden ist. Der § 198 BGB. kann aber da keine Geltung haben, wo das Bürgerliche Gesetzbuch den Beginn der Verjährung an ein besonderes, bestimmtes Moment, z. B. in unserem Falle an die Übergabe knüpft. Es kann ja möglich sein, daß tatsächlich auch in diesen Fällen der Beginn der Verjährung mit der Entstehung des Anspruches zusammenfällt, maßgebend ist aber dann für den Verjährungsbeginn nicht die Entstehung des Anspruches, sondern das besondere, vom Gesetz ausdrücklich genannte Moment. Dieses Moment kann aber auch vor und nach der Entstehung

des Anspruches liegen. Es gibt auch tatsächlich im Bürgerlichen Gesetzbuch zahlreiche Fälle, in denen die Verjährung entweder vor oder nach Entstehung des Anspruches beginnt. So beginnt z. B. die Verjährung, wenn die bloße Erklärung des Berechtigten den Anspruch zur Entstehung bringen kann, schon vor Entstehung des Anspruches in dem Augenblick, in dem für den Berechtigten diese Möglichkeit gegeben ist (§§ 199, 200 BGB.). Ferner kann beim Schadensersatz aus unerlaubter Handlung die Verjährungsfrist von 30 Jahren schon beginnen, bevor noch der vom Schadenseintritt abhängige Anspruch entstanden ist, wenn nur schon eine Handlung vorliegt, aus der sich nachträglich schädliche Folgen ergeben (§ 852 BGB.).[10] Erst nach der Entstehung des Anspruches beginnt die Verjährung in erster Linie bei allen Ansprüchen aus dem täglichen Leben, die der kurzen Verjährungsfrist von zwei bezw. vier Jahren unterworfen sind, wie sie in den §§ 196 und 197 BGB. angeführt sind, und zwar setzt hier die Verjährung erst mit dem Schlusse des Jahres ein, in dem die genannten Ansprüche entstanden sind. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat hier aus praktischen Gründen den Beginn der Verjährung hinausgeschoben, damit z. B. der Kaufmann nicht Tag für Tag in seinen Büchern Umschau halten muß, ob nicht dieser oder jener Posten Gefahr läuft zu verjähren. So wie das Bürgerliche Gesetzbuch die Sache geregelt hat, braucht er nur einmal, gegen Ende des Jahres nachzusehen, welche Forderungen der Verjährung verfallen. Aber abgesehen hiervon läuft die Verjährungsfrist in einer ganzen Reihe von andern Fällen erst von einem späteren Termine als von der Entstehung des Anspruches an. Z. B. verjähren die Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderung oder Verschlechterung der vermieteten Sache von dem Zeitpunkt ab, in welchem er die Sache zurückerhält, ferner die Ansprüche des Mieters auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung von der Beendigung des Mietverhältnisses ab (§ 558 BGB.). Man kann aber doch nicht behaupten, daß der Ersatz-

---

[10]) RG. v. 29. 10. 1907, Recht 1907 S. 153; Oertmann Anm. Ib zu § 852 S. 1145.

anspruch des Vermieters erst in dem Augenblick entsteht, in welchem er die Sache zurückerhält. Dieses Moment ist doch für die Entstehung des Anspruches völlig gleichgültig, vielmehr ist der Anspruch des Vermieters bereits mit der Veränderung oder Verschlechterung der Mietssache entstanden. Dieselben Bestimmungen bezüglich der Verjährung gelten für die Ersatzansprüche des Verpfänders bezw. des Pfandgläubigers (§ 1226 BGB.) sowie für die Ersatzansprüche des Nießbrauchers bezw. des Eigentümers der belasteten Sache (§ 1057 BGB.). Nach § 852 BGB. verjährt der Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung in 3 Jahren von dem Zeitpunkte an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung an. Ein Einfluß der Kenntnis des Schadensersatzberechtigten auf die Entstehung des Anspruches ist doch wohl ausgeschlossen. Dieser ist vielmehr mit der Begehung der Tat entstanden. Dafür spricht auch die Bestimmung, daß bei Nichtkenntnis die Verjährung in 30 Jahren von der Begehung der Tat an beginnt. Ferner gibt es beim Erbvertrag eine Bestimmung, wonach der Vertragserbe, wenn der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht hat, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern kann, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist. Dieser Anspruch verjährt in drei Jahren von dem Anfall der Erbschaft an (§ 2287 BGB.). Auch in diesem Falle ist der Anspruch bereits mit der Schenkung entstanden und lediglich seine Geltendmachung bis zum Erbanfall hinausgeschoben. Noch in zahlreichen anderen Fällen beginnt die Verjährungsfrist unabhängig von der Entstehung des Anspruches, so z. B. bezüglich der Ansprüche der Verlobten von der Auflösung des Verlöbnisses ab (§ 1312 BGB.), beim Werkvertrag bezüglich der Ansprüche des Bestellers mit der Abnahme des Werkes (§ 638 BGB.), bezüglich des Pflichtteilsanspruches von dem Zeitpunkte an, in welchem der Pflichtteilsberechtigte von dem Eintritt des Erbfalls und von der ihn beeinträchtigenden Verfügung Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf die Kenntnis in 30 Jahren von dem Eintritt

des Erbfalls an (§ 2332 BGB.) usw. Der Beginn der Verjährung beruht auf den verschiedensten Momenten, z. B. auf Ablieferung, Rückempfang, Abnahme, Kenntnis, Anfall der Erbschaft usw. Hierher gehört auch der Fall des § 477 BGB. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat auch hier aus praktischen Gründen die Verjährung der Gewährleistungsansprüche erst von der Ablieferung bezw. von der Übergabe an beginnen lassen, weil es eben in den meisten Fällen dem Käufer erst von diesem Zeitpunkte an möglich ist, die gekaufte Sache zu untersuchen und den etwaigen Mangel zu erkennen.[11])

Die Gewährleistungsansprüche entstehen also nicht erst mit der Übergabe der Kaufsache an den Käufer. Der Käufer hat vielmehr als solcher auf Grund des Kaufvertrages dafür einzustehen, daß der Kaufsache zur Zeit des Gefahrüberganges keine Mängel anhaften. Ebenso wie er durch den Kaufvertrag verpflichtet wird, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen, haftet er aus dem Kaufvertrag für Mängelfreiheit. Mit Recht sagt Werner[12]): „Das Recht (auf Wandelung usw.) erwächst aus dem Kaufvertrag und unmittelbar dessen Abschluß, nicht aber etwa erst die Übergabe der mangelhaften Sache bringt es zur Entstehung. Das Gesetz knüpft lediglich die Ausübung an die Voraussetzung, daß zur Zeit des Gefahrüberganges der Sache ein Mangel anhaftet. Um dieses festzustellen, beispielsweise daß ein Grundstück nicht die zugesicherte Größe hat, braucht nicht erst der Zeitpunkt des Gefahrüberganges abgewartet zu werden". Sehr treffend sagt auch das OLG. Hamburg in einer Entscheidung v. 6. 1. 1909[13]): „Daß der Minderungsanspruch erst mit seiner Erhebung entstände, ist unhaltbar. Was der Zeitpunkt, zu welchem die Gefahr auf den Käufer übergeht, mit der Entstehung des Minderungsanspruches zu tun hätte, ist nicht einzusehen. War das verkaufte Haus mit Schwamm behaftet und war dieser Fehler arglistig verschwiegen, so war Beklagter zur

---

[11]) Prot. Bd. 1 S. 702; vgl. die ausführliche Darstellung bei Matthiaß Bd. 1 § 64 I B, 1; ferner in obigem Sinne Planck Bd. 1 § 198 Anm. 3 S. 339; Fischer-Henle § 198 Anm. 2 S. 115; Lamm S. 57.

[12]) Recht 1902 S. 339 VIII.

[13]) OLGRspr. Bd. 20 S. 176.

Minderung des Kaufpreises in dem Augenblick verpflichtet, in welchem sich der Kläger zur Zahlung des nicht geminderten Kaufpreises durch den Vertrag gebunden hatte. Auch der Zeitpunkt der Zahlung des Kaufpreises kann nicht in Betracht kommen, weil diese Zahlung die Vertragserfüllungspflicht des Beklagten nicht erst begründete, sondern nur hinsichtlich dessen, was Beklagter zu leisten hatte, änderte".

Ich komme also zu dem Schlusse: Die Gewährleistungsansprüche entstehen mit dem Kaufabschluß. Ihre Geltendmachung ist aber dadurch bedingt, daß der Mangel zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden ist.[14])

## II.

Wann, d. h. in welchem Zeitpunkt und unter welchen Voraussetzungen, kann nun der Käufer die Gewährleistungsansprüche geltend machen? Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu unterscheiden:

1. zwischen Mängeln, die vor dem Gefahrübergang entstanden sind, und zwar
   a) unbehebbaren Mängeln,
   b) behebbaren Mängeln, die
      α) vor dem Gefahrübergang wieder beseitigt werden,
      β) bis zum Gefahrübergang nicht beseitigt werden können;
2. Mängeln, die erst nach Gefahrübergang entstanden sind.

### 1 a.

Wie gestaltet sich die Rechtslage, wenn sich an der Kaufsache vor dem Gefahrübergang ein Fehler zeigt, der überhaupt nicht zu beseitigen ist, sei es, daß er tatsächlich unbehebbar ist, oder daß der Verkäufer von vornherein erklärt, den Mangel nicht beseitigen zu wollen? Kann der Käufer in solchem Falle schon,

---

[14]) Ders. A. Crome S. 459; Schöller a. a. O. S. 15; Schollmeyer in JheringsJ. Bd. 49 S. 95 ff.; Matthiaß S. 274; Oertmann S. 421 Anm. 3 zu § 459 u. a.

bevor die Gefahr auf ihn übergegangen ist, die Gewährleistungsansprüche geltend machen oder haben diese den bereits erfolgten Gefahrübergang zur Voraussetzung? Oder mit kurzen Worten: Kann der Käufer in solchem Falle schon vor dem Gefahrübergang die Wandelung verlangen?[1] Hierüber herrscht in der Wissenschaft und Praxis lebhafter Streit.[2]

M. E. ist die Frage zu bejahen. Die gegnerische Ansicht läßt sich weder aus dem Wortlaut des Gesetzes, wie Düringer-Hachenburg dies früher[3] behauptete, noch aus der ganzen Konstruktion der Wandelung und ihrem Verhältnis zu den allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches folgern.

Die Bestimmung des § 459 BGB., daß maßgebend für die Haftung die Zeit ist, „zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, rechtfertigt keineswegs die Behauptung, daß die Gefahr erst übergegangen sein muß, um den Wandelungsanspruch entstehen zu lassen. Wollte man sich so streng an den Wortlaut

---

[1]) Eine Minderung kann hier nicht in Frage kommen, da ja der Käufer bei ihrer Geltendmachung auf dem Kaufvertrage besteht, also auch die Übergabe will. Daß aber die Minderung nicht unmittelbar gleichzeitig mit der Übergabe erklärt werden muß, sondern auch eine schon vorher dahin abgegebene Erklärung gültig ist, unterliegt wohl keinem Zweifel. Vgl. übrigens OLG. Hamburg, OLGRspr. Bd. 20 S. 176.

[2]) Dafür: Crome Bd. 2 Anm. 2 zu § 222 S. 459; Endemann Bd. 2 § 161 Nr. 3, 4 S. 996; Eccius in GruchotsBeitr. Bd. 43 S. 315; Schollmeyer in JheringsJ. Bd. 49 S. 95; Betzinger im Recht 1903 S. 277; Kipp-Windscheid Bd. 2 § 395 I, 2 a S. 699; Wolff in JheringsJ. Bd. 56 S. 8 Enneccerus Bd. 1 § 331 II, 1 d S. 310; Hoeniger in LZ. 1911 S. 578; Werner im Recht 1902 S. 339; Schöller, Zivil. Abhandl. 1907 Bd. 2 S. 239; Oertmann Bd. 2 § 433, 2 α ββ S. 377; derselbe § 459 Nr. 3 S. 421; Lamm S. 56; Goudefroy S. 31; Schernowsky S. 15; ROHG. Bd. 14 S. 157, Bd. 15 S. 271; OLG. Naumburg im Recht 1903 S. 290 Nr. 1540. Dagegen: Staudinger Bd. 2, 1 Anm. III, 3 zu § 459 S. 657, Vorbem. 4 zu § 459 S. 646; Dernburg Bd. 2 § 185 I S. 69; Winter in GruchotsBeitr. Bd. 48 S. 199; Fischer in JheringsJ. Bd. 51 S. 224; Cosack Bd. 1 § 127 VII, 3 S. 531; Emerich S. 67; J. U. Schroeder S. 29; v. Blume im Recht 1907 S. 353/54; Düringer-Hachenburg Bd. 3, 1 Anm. 178 S. 153, Anm. 179 S. 154, Anm. 205, 206 S. 173; RG. Bd. 53 S. 73; RG. in JW. 1903 Beil. 2 S. 15; JW. 1905 Nr. 8 S. 230; vgl. aber jetzt RG. in JW. 1911 S. 539 und vor allem RG. in JW. 1912 S. 461 Nr. 7; SeuffArch. Bd. 67 S. 357.

[3]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 1. Aufl. S. 82, 124/25.

des Gesetzes halten, dann müßte es eigentlich, um die gegnerische Ansicht aufrechterhalten zu können, im Gesetzestext heißen: „Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr übergegangen ist, . . . nicht mit Fehlern behaftet war usw." Man könnte also sogar umgekehrt daraus, daß das Gesetz das ungewisse Präsens gewählt hat, den Schluß ziehen, daß damit nur der Zeitpunkt bestimmt werden soll, zu welchem die Sache mangelhaft sein muß, um die Haftung des Verkäufers herbeizuführen. Das Gesetz will damit lediglich den Zeitpunkt festsetzen, der für die Beurteilung der Frage, ob die Kaufsache mangelfrei ist, maßgebend sein soll. Keineswegs soll aber damit zum Ausdruck gebracht werden, daß der Zeitpunkt des Gefahrüberganges die Grenze für die Mängelhaftung des Verkäufers bilden soll dergestalt, daß dieses der früheste Termin für die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche sein soll, oder gar, daß erst zu diesem Zeitpunkt die Gewährleistungsansprüche entstehen.[4]) Der Wortlaut des § 459 BGB. unterstützt also die gegnerische Ansicht nicht. Cosack, der doch auch auf dem Standpunkt steht, eine Wandelung vor der Übergabe sei nicht zulässig, sagt daher auch, daß der Gesetzgeber das Seinige getan habe, um das richtige Verständnis seiner Regeln zu erschweren; denn der Wortlaut der maßgebenden Gesetzesparagraphen weise auf seine (Cosacks) Theorie kaum andeutungsweise hin.[5])

Ist also die Lösung der Frage aus dem Gesetzestext nicht zu entnehmen, so muß sie auf andere Weise gefunden werden. Kommen wir zunächst auf die oben angeführte Entscheidung des Reichsgerichts wieder zurück. Die Gründe des Reichsgerichts sind m. E. nicht zutreffend.

Der sogen. „innere Grund" ist nach meiner Ansicht überhaupt kein Grund, sondern umgekehrt lediglich eine Schlußfolgerung. Der erste Satz bringt doch absolut keinen Beweis für die im zweiten Satz enthaltene Behauptung, daß wie bei allen Gewährleistungsansprüchen, so auch bei Grundstücken die schon erfolgte Übergabe Voraussetzung sei. Daß bei allen Gewährleistungs-

---

[4]) vgl. Knott S. 67; Goudefroy S. 32.

[5]) Cosack § 127 VII, 3b S. 531.

ansprüchen die Übergabe stattgefunden haben muß, ist doch gerade erst zu beweisen. Die angeführten Worte können daher m. E. lediglich so aufgefaßt werden, daß das Reichsgericht von der Voraussetzung ausgeht, daß alle Gewährleistungsansprüche ihre Grundlage in der schon erfolgten Übergabe haben; weil nun die Haftung für die Zusicherung einer bestimmten Größe eines gekauften Grundstückes in den Bestimmungen über die Gewährleistung behandelt sei, so sei auch hierfür die schon erfolgte Übergabe die Voraussetzung.

Es ist also zunächst die Voraussetzung zu beweisen. Diesen Beweis hat aber das Reichsgericht nicht erbracht. Die Begrenzung der Haftung für einen Mangel auf den Zeitpunkt des Gefahrüberganges ist, wie oben ausgeführt, aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu entnehmen. Das Reichsgericht hat auch selbst früher seinen Standpunkt nicht so scharf vertreten. In einer preußisch-rechtlichen Entscheidung[6]) sagt es, der Regel nach greife die Gewährleistung vor erfolgter Übergabe der verkauften Sache nicht Platz, doch sei eine Übergabe dann nicht notwendige Voraussetzung der Wandelung, wenn die Mängel der Sache bereits bei ihrem Angebot vom Käufer erkannt würden und letzterer deshalb die Annahme verweigere. Es liegt m. E. kein Grund vor, weshalb das Reichsgericht, das doch auf dem Standpunkt steht, das Bürgerliche Gesetzbuch lehne sich an das allgem. preuß. Landrecht an, für das Bürgerliche Gesetzbuch von dieser Auffassung abgewichen ist.[7])[8])

Der Beginn der Verjährung kann zur Begründung nicht herangezogen werden, da dieser, wie im vorhergehenden Abschnitt dargelegt ist, für die Entstehung der Gewährleistungsansprüche nicht von Einfluß ist, vielmehr die Ansprüche bereits mit dem Vertragsabschluß entstehen.

Wenn Fischer[9]) meint, der Gesetzgeber habe die Anwendung der Gewährleistungsvorschriften vor dem Gefahrübergang ausgeschlossen,

---

[6]) RG. v. 13. 5. 1898, JW. 1898 S. 397 Nr. 39

[7]) vgl. Lamm S. 61.

[8]) In den neuesten Entscheidungen hat das Reichsgericht sich der hier vertretenen Ansicht zugewandt, worüber weiter unten noch gesprochen werden wird.

[9]) vgl. Fischer S. 225.

weil der Käufer in den meisten Fällen doch nicht in der Lage sei, das Vorhandensein der Mängel vorher festzustellen, so ist dieser Einwand nicht stichhaltig. Wie häufig tritt im praktischen Leben der Fall ein, daß der Käufer einer Sache, bevor die Sache übergeben worden ist, einen Mangel daran entdeckt, sei es, daß er diesen beim Kaufabschluß übersehen hat, oder daß der Mangel erst nach dem Kaufabschluß entstanden ist.[10]) Ferner ist es leicht möglich, daß der Käufer nach erfolgtem Kaufabschluß, aber vor der Übergabe feststellt, daß der gekauften Sache eine vom Verkäufer zugesicherte Eigenschaft fehlt.[11]) Allerdings der Regelfall ist, daß der Käufer erst bei der Übergabe bezw. Ablieferung den Mangel entdeckt. Aus diesem Grunde läuft ja auch die Verjährungsfrist erst von der Übergabe bezw. Ablieferung an. Es wäre aber doch völlig unbegründet, wenn wirklich die Entdeckung schon vorher erfolgt ist, den Käufer dann mit der Geltendmachung seiner Ansprüche bis zum Gefahrübergang warten zu lassen. Ein praktischer Zweck kann damit doch nicht verfolgt werden. Es wäre doch völlig widersinnig und überflüssig, wenn der Käufer bis zum Zeitpunkt des Gefahrüberganges warten, die mangelhafte Sache annehmen und sie dann mit der Erklärung, er wolle wandeln, zurückgeben müßte.

Außerdem würde der Käufer dadurch in eine schlechtere, vom Gesetz sicher nicht gewollte Position geraten, wenn der Verkäufer

---

[10]) z. B.: Ein Bauer kauft in der Stadt eine eichene Kommode und entfernt sich wieder, um noch einige andere Einkäufe zu machen. Als er nachher mit seinem Wagen die Kommode abholen will und zur leichteren Verladung die einzelnen Laden herausgenommen werden, entdeckt er, daß die Rückseiten der Laden aus Tannenholz bestehen und teilweise gesprungen sind. Oder: Ein Brautpaar kauft einen Küchenherd, der erst nach der Hochzeit geliefert werden soll. Nach Abschluß des Kaufes will ein Angestellter des Verkäufers den Herd wieder beiseite stellen und zerbricht dabei einen gußeisernen Fuß des Herdes. Als das Brautpaar später mit den Brauteltern zurückkommt, um diesen den gekauften Herd zu zeigen, wird der Mangel entdeckt.

[11]) z. B.: Dem Käufer einer Dampfmaschine, deren Übergabe erst später erfolgen soll, wird beim Kaufabschluß vom Verkäufer zugesichert, daß die Maschine eine bestimmte Anzahl Umdrehungen in der Minute mache. Bei einer späteren nochmaligen Besichtigung unter Hinzuziehung eines Sachverständigen wird die Maschine ausprobiert und dabei stellt sich heraus, daß sie nur die Hälfte der zugesicherten Touren macht.

sich weigern würde, die Sache zurückzunehmen. Nach § 464 BGB. steht dem Käufer, wenn er eine mangelhafte Sache annimmt, obschon er den Mangel kennt, der Anspruch auf Wandelung nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Annahme vorbehält. Der Käufer müßte also, um überhaupt wandeln zu können, bei der Annahme den Vorbehalt ausdrücklich aussprechen. Klagt aber der Verkäufer auf Grund seiner Leistung auf Zahlung des Kaufpreises, so braucht er nur die Annahme, der Käufer aber muß den Vorbehalt beweisen.[12]

Gerade aus der Fassung und dem Inhalt des § 464 BGB. geht hervor, daß der Käufer zur Annahme einer mangelhaften Kaufsache nicht verpflichtet ist. Es wäre aber doch verfehlt, dem Käufer in diesem Falle der Annahmeverweigerung nicht die Gewährleistungsansprüche zu geben. Cosack,[13] Emerich[14] und Planck[15] nehmen deshalb an, daß der Käufer außer nach Gefahrübergang auch im Falle der Annahmeverweigerung wegen mangelhafter Lieferung die ädilizischen Ansprüche habe, diese aber in allen andern Fällen, besonders also auch vor dem Zeitpunkt, zu welchem die Gefahr übergehen soll, ausgeschlossen sei. So sagt Emerich[16]: „Indes ist die Anwendung der besonderen Vorschriften keineswegs von der Annahme der Sache abhängig; der Käufer kann die speziellen Ansprüche aus der gesetzlichen Gewährleistung auch dann geltend machen, wenn er die Sache wegen Mängel zurückweist“.

Auch Düringer-Hachenburg[17] steht jetzt, im Gegensatz zu seiner früheren Auffassung, auf dem Standpunkt, die Wandelung sei nicht durch die vollzogene Übergabe bedingt. Er kommt dazu auf folgendem Wege: Bei der Lieferung einer mangelhaften Sache gehe die Gefahr überhaupt nicht auf den Käufer über. Unter dem Gefahrübergang des § 459 BGB. sei daher der Zeit-

---

[12]) Oertmann Anm. 5 zu § 464 S. 437; Staudinger Anm. 4 zu § 464 S. 643.

[13]) § 127 II.

[14]) S. 67.

[15]) § 462 Anm. 1 S. 366.

[16]) a. a. O.

[17]) Düringer-Hachenburg Anm. 178 S. 153.

punkt zu verstehen, in dem bei mängelfreien Sachen die Gefahr übergehen würde. Die Gefahr gehe aber bei mängelfreien Sachen nicht nur durch Übergabe, sondern nach § 300 BGB. auch beim Annahmeverzug des Käufers auf diesen über. Diese Ansicht, die schon vorher von Hoeniger[18]) vertreten wurde, ist m. E. richtig. Daß die Gefahr bei mangelhaften Sachen überhaupt nicht auf den Käufer übergeht, ergibt sich aus den §§ 467, 350 BGB. Nach § 467 BGB. finden auf die Wandelung die Vorschriften der §§ 346—348, 350—354, 356 BGB. über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht Anwendung. Nach § 350 BGB. wird aber der Rücktritt dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Gegenstand, welchen der Berechtigte empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist. Ist dieses aber der Fall, kann also der Käufer einer mangelhaften Sache nach der Übergabe der Sache noch Wandelung verlangen, obwohl die Sache schon untergegangen ist, so kann von einem Übergang der Gefahr keine Rede sein. Diese ist dann eben beim Verkäufer geblieben. Der § 459 BGB. müßte also eigentlich lauten: „Der Verkäufer . . . haftet dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr bei einer mangelfreien Sache auf den Käufer übergehen würde, usw." Hoeniger meint[19]): „Die nicht ganz korrekte Fassung des Gesetzes erklärt sich daraus, daß das Gesetz den Verkäufer für den Zustand der Mangelfreiheit der Kaufsache haften läßt. Hierbei unterstellt das Gesetz auch bei Bestimmung des für diese Haftung maßgebenden Zeitpunktes eine mangelfreie Sache".

Das Gesagte gilt nicht nur für den Spezies-, sondern auch für den Gattungskauf. Auch hier verhindert die Mangelhaftigkeit den Übergang der Gefahr. Denn nach § 243 Abs. 2 BGB. beschränkt sich bei der Leistung einer Gattungssache das Schuldverhältnis auf diese Sache nur, wenn der Schuldner das zur Leistung dieser Sache seinerseits Erforderliche getan hat. Dieses ist aber bei der Lieferung einer mangelhaften Sache nicht der Fall. Der Verkäufer hätte eine mangelfreie Sache liefern müssen. Infolgedessen hat auch eine Konzentration des Kaufes auf die

---

[18]) Hoeniger a. a. O. Sp. 579, 580.
[19]) Hoeniger a. a. O. Sp. 580.

gelieferte Sache nicht stattgefunden. Dadurch ist aber auch der Übergang der Gefahr nach § 279 BGB. ausgeschlossen. Auch hier ist also, wie beim Spezieskauf, für den Fall des § 459 BGB. die Lieferung einer mangelfreien Sache zu unterstellen.[20]) Bei mangelfreien Sachen geht nun die Gefahr einerseits, abgesehen vom Versendungskauf, mit der Übergabe auf den Käufer über. Sie geht aber auch auf den Käufer über, wenn dieser im Annahmeverzug ist (§ 300 BGB.). Bietet also der Verkäufer dem Käufer die Leistung an und ist diese fällig, so geht die Gefahr auf den Käufer über. Denn nimmt der Käufer die Sache an, so erfolgt der Gefahrübergang auf Grund des § 446 BGB. Nimmt er sie nicht an, so geht die Gefahr gemäß § 300 BGB. infolge Annahmeverzuges auf ihn über. Die tatsächlich erfolgte Übergabe ist also kein Erfordernis für die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche.

Es liegt aber m. E. gar kein Grund vor, wenn die Gewährleistungsansprüche, wie oben ausgeführt, bereits mit dem Kaufabschluß entstehen und eine tatsächliche Übergabe als Voraussetzung der Ansprüche nicht erforderlich ist, dann nicht auch schon vor dem Zeitpunkt des demnächstigen Gefahrüberganges dem Käufer diese Ansprüche zu geben, wenn eben nur feststeht, daß der Mangel auch noch zu diesem Zeitpunkt vorhanden sein wird. Das ergibt sich einmal aus dem bisher Gesagten, es spricht dafür aber auch noch folgendes:

Angenommen, eine Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche vor dem Gefahrübergange wäre ausgeschlossen. Der Käufer einer Sache, der an dieser nach dem Vertragsabschluß, aber vor dem Gefahrübergange einen Mangel entdeckte, könnte also, wenn er nicht bis zum Gefahrübergange warten will — was für ihn, wie nicht weiter ausgeführt zu werden braucht, mit Schaden verknüpft sein kann —, sich nur auf die allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches stützen. Hiervon kämen hauptsächlich die §§ 276, 306, 323 ff., 823 ff. BGB. in Frage. Fischer[21]) meint, diese Bestimmungen reichten zum

---

[20]) vgl. Hoeniger a. a. O. Sp. 580; Düringer-Hachenburg Anm. 178 S. 154.

[21]) Fischer a. a. O. S. 224.

Schutze des Käufers völlig aus, es bestehe daher kein praktisches Bedürfnis, die Gewährleistungsansprüche schon vor dem Gefahrübergang zu geben. Dies ist aber nicht zutreffend. Die allgemeinen Bestimmungen sind zum Teil bei weitem ungünstiger für den Käufer als die Gewährleistungsbestimmungen, teils treffen sie für die Lieferung einer mangelhaften Sache nicht zu.

So setzen die Gewährleistungsansprüche kein Verschulden des Verkäufers voraus. Die §§ 276, 325, 823 ff. geben aber dem Käufer einen Anspruch nur im Falle eines Verschuldens des Verkäufers. Der Käufer einer mangelhaften Sache befände sich also, wenn er auf diese allgemeinen Bestimmungen allein angewiesen wäre, im Nachteil. Andererseits können die Bestimmungen der §§ 306, 323 ff. BGB. über Unmöglichkeit oder Nichterfüllung der Leistung nicht ohne weiteres auf den Fall der Lieferung einer mangelhaften Sache angewandt werden. Als was charakterisiert sich denn überhaupt die Haftung des Verkäufers für Mängel der Sache? [22])

Die Mehrzahl der Schriftsteller [23]) steht allerdings noch auf dem Standpunkt, die Mängelhaftpflicht des Verkäufers sei als eine Erfüllungspflicht zu betrachten in dem Sinne, daß zu einer vollwertigen Erfüllung der Verkäuferpflichten auch die Mängelfreiheit der Ware gehöre. Diese Ansicht ist jedoch m. E. irrig. Man muß scharf zwischen der Erfüllungspflicht und der Gewährleistungspflicht des Verkäufers unterscheiden. Schollmeyer [24]) führt dies in seinem Aufsatz „Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf" treffend aus. Darnach ist die Erfüllungspflicht „die Verpflichtung des Schuldners, die geschuldete Leistung an den Gläubiger in Schuldtilgungsabsicht zu bewirken. Die Gewährleistungspflicht aber ist, allgemein ge-

---

[22]) Eine eingehende Erörterung dieser Frage würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen. Vgl. in dieser Hinsicht die ausführlichen Darlegungen bei Schollmeyer a. a. O.; Wolff a. a. O.; Oertmann und Düringer-Hachenburg 2. Aufl. S. 94 ff. Im folgenden soll nur eine kurze Darstellung gegeben werden.

[23]) Dernburg § 185; Emerich S. 68; Eccius S. 268, 306, 309/10; Schoeller S. 19 ff.; Tietze S. 274; Kisch S. 193 ff.; Staub § 374 Anm. 42; RG. Bd. 66 Nr. 20 S. 76.

[24]) Schollmeyer a. a. O. S. 93 ff.

faßt, die Verpflichtung, für die Freiheit von Sachmängeln gewisser Art und das Vorhandensein zugesicherter Eigenschaften einzustehen".[25]) Bei der Beantwortung der Frage, welche Leistung geschuldet ist, muß unterschieden werden zwischen Spezieskauf und Gattungskauf. Beim Spezieskauf schuldet der Verkäufer die verkaufte Sache so, wie sie gerade ist. Denn der Verkäufer hat diese Sache verkaufen, der Käufer hat gerade diese Sache kaufen wollen. Leistet also der Verkäufer diese Sache, so hat er damit erfüllt, ganz gleichgültig, ob der Sache Mängel anhaften oder nicht. „Der Verkäufer einer Spezies genügt seiner Erfüllungsverpflichtung, wenn er die Sache übergibt und dem Käufer das lastenfreie Eigentum an der Sache verschafft. Die Mängelfreiheit der Sache braucht er ihm nicht zu verschaffen." [26]) Dieses ergibt sich vor allem daraus, daß wenn wirklich die Mängelfreiheit der Kaufsache zur vollen Erfüllungspflicht des Verkäufers gehört, der Kauf in dem Falle, daß schon zur Zeit des Vertragsabschlusses ein nicht behebbarer Fehler der Kaufsache anhaftet, als ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nach § 306 BGB. nichtig wäre; damit würde aber doch das ganze Gebäude der Gewährleistung zusammenfallen. Sind an der verkauften Sache Fehler vorhanden, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern, oder fehlt eine zugesicherte Eigenschaft, dann haftet der Verkäufer nebenher auf Grund der Gewährleistungspflicht gemäß den besonderen Vorschriften der §§ 459 ff. BGB. Der Käufer hat also aus dieser Mängelhaftung des Verkäufers das Recht auf Wandelung, Minderung oder gegebenenfalls auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Schollmeyer will das Gesagte auch auf den Gattungskauf ausdehnen, wenn der Verkäufer die Sache ausgeschieden hat. Dies dürfte aber nicht zutreffen. Der Verkäufer hat hier die Möglichkeit, aus der fraglichen Gattung eine mangelfreie Sache herauszusuchen, es wüßte denn schon der abnorme Fall eintreten, daß die ganze Gattung mangelhaft wäre. Tut der Verkäufer das

---

[25]) Schollmeyer a. a. O.

[26]) Düringer-Hachenburg Anm. 115 S. 95.

nicht, so hat er eben seine Verpflichtung nicht erfüllt. Dies geht aus § 480 BGB. hervor, wonach der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache statt der Wandelung oder Minderung verlangen kann, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird.[27])

Aus dem Gesagten ergibt sich für den Spezieskauf, daß die §§ 323 ff. BGB. keine Anwendung finden. Denn ist die Mängelfreiheit einer verkauften Sache kein Erfordernis der vollen Erfüllung des Vertrages, dann liegt in dem Angebot einer mangelhaften Sache keine teilweise Nichterfüllung. Der Verkäufer kann dann auch nicht nach § 326 BGB. in Verzug kommen. Ebenso können auch die §§ 306 ff. BGB. beim Spezieskauf nicht in Frage kommen. Denn es liegt doch gar keine Unmöglichkeit der Leistung vor; der Verkäufer ist zur Leistung der mangelhaften Sache imstande, und das genügt ja.

Es würde also, wie sich aus obigen Ausführungen ergibt, der Käufer einer mangelhaften Sache, der auf die allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs allein angewiesen wäre, in manchen Fällen bedeutend ungünstiger gestellt sein, als wenn er die Rechte aus den Vorschriften über die Gewährleistung geltend machen könnte.

Ich komme also zu dem Schluß: Die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche ist bereits vor dem Gefahrübergange zulässig, soweit es sich um einen Mangel handelt, dessen Beseitigung ausgeschlossen ist, sei es, daß der Mangel überhaupt nicht behebbar ist, oder daß der Verkäufer erklärt, ihn nicht beseitigen zu können oder zu wollen.

Diese Ansicht wird, wie oben S. 10 angeführt, auch in der Wissenschaft zahlreich vertreten. Die Praxis stand bisher, mit vereinzelten Ausnahmen (s. oben a. a. O.), auf dem entgegengesetzten Standpunkte. Nachdem aber das Reichsgericht bereits in einer Entscheidung v. 11. 3. 1911[28]) die Möglichkeit, daß die

---

[27]) Wie hier Oertmann § 433 Anm. 2a. Wolff a. a. O. S. 67; ferner für Trennung von Gewährleistung und Erfüllungspflicht J. U. Schroeder S. 1 ff.; Crome § 220 Anm. 4; Leonhard S. 393; Staub, Die positiven Vertragsverletzungen S. 19.

[28]) Warneyer Erg.-Bd. 1911 Nr. 321; JW. 1911 S. 539 Nr. 12.

Wandelung schon vor der Übergabe stattfinden könne, angedeutet hatte, hat es in einer neueren Enscheidung v. 3. 2. 1912[29]) ausgeführt, daß in einem Falle, wo der Verkäufer sich weigere, den Mangel zu beseitigen, es dem Käufer nicht zugemutet werden könne, erst eine vertragswidrige Erfüllung anzunehmen, um dann von dem Hilfsmittel der Gewährleistungsansprüche Gebrauch zu machen, sondern der Käufer als befugt erscheinen müsse, diese Erfüllung auch vor der Übergabe abzulehnen und entsprechend der nach der Übergabe zulässigen Wandelung von dem Vertrage abzugehen. Das Reichsgericht nähert sich also auf dem Wege der Analogie der hier vertretenen Ansicht und kommt jetzt praktisch zu demselben Resultat.

Von besonderer Bedeutung ist die Frage, ob schon vor dem Gefahrübergang die Wandelung zulässig ist, für den sogen. Sukzessivlieferungsvertrag. Ein Sukzessivlieferungsvertrag liegt vor, wenn durch einen einheitlichen Vertrag eine Anzahl Sachen gekauft werden mit der Bestimmung, daß die Lieferung der einzelnen Sachen ratenweise gegen jedesmalige Zahlung der Rate erfolgen soll. In der Regel kann der Käufer hier nur hinsichtlich der bereits gelieferten Sachen wegen eines Mangels wandeln, es sei denn, daß der Fall des § 469 Satz 2 BGB. vorliegt, wonach jeder Teil verlangen kann, daß die Wandelung auf alle Sachen erstreckt wird, wenn die mangelhafte Sache nicht ohne Nachteil für ihn von den übrigen getrennt werden kann.[30]) Ist dieses nicht der Fall, z. B. es handelt sich um die ratenweise Lieferung von Kohlen für eine Fabrik, so könnte der Käufer allerdings nach der herrschenden, von Staub[31]) angeregten, auch vom Reichsgericht[32]) vertretenen Ansicht auch wegen der zukünftigen Lieferungen auf Grund des § 326 BGB. vom Vertrage zurücktreten, wenn eine positive Vertragsverletzung seitens des Verkäufers vorliegt. Dieses würde nach Staub und dem Reichsgericht der Fall sein, wenn aus der bisherigen mangelhaften Lieferung der einzelnen Raten

---

[29]) JW. 1912 S. 461 Nr. 7.

[30]) Staub, HGB. S. 1665 Anm. 181; Müller in GruchotsBeitr. Bd. 50 S. 529 ff.

[31]) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen S. 39 ff.

[32]) RG. Bd. 54 S. 98 ff., Bd. 57 S. 195 ff.

der Schluß zu ziehen wäre, daß auch die noch ausstehenden Raten schlecht ausfallen würden. Dadurch würde der Vertragszweck gefährdet erscheinen.

Ist aber die Wandelung schon vor der Übergabe möglich, so kann auch beim Sukzessivlieferungsvertrag schon dann die Wandelung begehrt werden, wenn feststeht, daß auch die zukünftigen Lieferungen mangelhaft ausfallen werden, sei es, daß der Verkäufer erklärt, er könne oder wolle nicht anders liefern, oder daß sonst festgestellt wird, daß die Lieferung auch in Zukunft mangelhaft sein werde, z. B. wenn bei der Lieferung von argentinischem Weizen festgestellt wird, daß die ganze Ernte verdorben ist.[33]) Der Vorteil für den Käufer würde bei der Wandelung darin bestehen, daß er einmal nicht auf ein Verschulden des Verkäufers sich zu stützen braucht. Andererseits bedarf es bei der Wandelung keiner Fristsetzung wie im Falle des § 326 BGB. Drittens würde die Wandelung sich nicht nur auf die zukünftigen, sondern auch auf die bereits gelieferten Raten erstrecken, während der Rücktritt nach § 326 BGB. sich nur auf die noch ausstehenden Lieferungen erstreckt.[34])

## 1 b α.

In den bisherigen Ausführungen handelt es sich um Fehler, die sich überhaupt nicht beseitigen lassen. Bei behebbaren Mängeln gilt folgendes:

Ist die verkaufte Sache mit einem Mangel behaftet, für den der Verkäufer nach § 459 BGB. einzustehen hätte, läßt er sich aber bis zum Zeitpunkte des Gefahrüberganges beseitigen und wird er tatsächlich vom Verkäufer bis dahin beseitigt, so liegt für die Anwendung der Gewährleistungsbestimmungen kein Grund vor. Der Käufer kann keine Ansprüche geltend machen; denn der Verkäufer haftet ja nur dafür, daß der verkauften Sache zur Zeit des Gefahrüberganges keine Mängel anhaften. Ob vorher die Sache mangelhaft war, kann dem Käufer völlig gleich-

---

[33]) So auch OLG. Dresden im JDR. 1908 Bd. 6 S. 191.

[34]) vgl. Staudinger § 440 Anm. I, 3 δ S. 609 und die dort Zitierten; ferner Lamm S. 62.

gültig sein. Der Verkäufer ist befugt, auch ohne Einwilligung des Käufers den Mangel zu beseitigen.[1]) Selbstverständlich muß die Ausbesserung vollständig sein, so daß dadurch der Wert der Sache nicht gelitten hat. Dem Käufer einer neuen Waschgarnitur ist natürlich nicht damit gedient, wenn der Verkäufer ihm diese später mit verschiedenen abgestoßenen, aber wieder angekitteten Ecken aushändigt. Im übrigen aber genügt es, wenn der Verkäufer den Mangel rechtzeitig, d. h. bis zur Übergabe beseitigt. Es ist dabei für die Mängelhaftung ohne Belang, ob der Mangel beim Kaufabschluß schon vorhanden, vom Käufer aber übersehen ist, oder ob er erst nachher entstanden ist. Das Gesagte gilt sowohl für den Spezieskauf als auch für den Genuskauf.[2])

## 1 b *β*.

Fraglich dagegen erscheint es, ob der Verkäufer einer mangelhaften Sache den Mangel auch dann noch beseitigen darf, wenn die Gefahr bereits auf den Käufer übergegangen ist. Hält man sich streng an den Buchstaben des Gesetzes, so könnte der Käufer in diesem Falle nach § 459 BGB. (natürlich unter den übrigen Voraussetzungen) die Gewährleistungsansprüche ohne weiteres geltend machen; denn die Sache ist ja zur Zeit des Gefahrüberganges tatsächlich mit einem Mangel behaftet. In diesem Sinne verweigern daher Eccius, Endemann, Staub u. a.[1]) dem Verkäufer grundsätzlich das Recht, die mangelhafte Sache noch auszubessern. Nach Endemann[2]) hat der Verkäufer keinen Rechtsanspruch darauf, daß ihm die Nachbesserung oder der Ersatz der gelieferten Gattungssachen durch mangelfreie gestattet werde. Staub[3]) will allerdings eine Ausnahme machen beim Versendungskauf, wenn der bei der Ablieferung der Sache an den

---

[1]) Düringer-Hachenburg Anm. 179 S. 154; Bolze Bd. 13 Nr. 315; Staudinger § 459 Nr. III, 2f. S. 657.

[2]) Staudinger § 459 Nr. III, 2b S. 657; vgl. ferner Eccius a. a. O. S. 303, 311; Lamm S. 57; Matthiaß S. 274 § 106 I b; Endemann Bd. 1 Anm. 40 zu § 161 S. 996.

[1]) Eccius S. 315, 316; Endemann § 161 Anm. 18 S. 988; ferner Staub u. a.

[2]) Endemann a. a. O. Anm. 4.

[3]) Staub Anm. 45 zu § 377 S. 1618.

Spediteur usw. vorhandene Fehler bei der Übergabe an den Käufer weggefallen ist. Im übrigen aber, meint er,[4]) vermöchten nur besondere Umstände ein Nachbesserungsrecht zu begründen, nämlich dann, „wenn nach dem Vertragsinhalt, also nach dem mit Hilfe der §§ 157, 242 BGB. zu ermittelnden Vertragswillen ein solches Recht vertraglich eingeräumt werden sollte". Sonst aber sei eine Nachbesserung vom Gesichtspunkte von Treu und Glauben allein nicht zulässig, höchstens könne Schikane in Frage kommen.

Auf der anderen Seite meint Cosack[5]): „Während der Käufer die Aufbesserung der mangelhaften Kaufsache vom Verkäufer nicht fordern kann, muß er sich gefallen lassen, wenn sie ihm vom Verkäufer aus freien Stücken angeboten wird, und zwar binnen einer Nachfrist, die in gleicher Art zu bestimmen ist wie die Nachfrist beim Lieferungsverzuge des Verkäufers. Das ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, aber selbstverständlich. Denn es geht nicht an, daß der Verkäufer, der die Kaufsache in mangelhaftem Zustande liefert, strenger behandelt wird als der Verkäufer, der sie gar nicht liefert".

Nach meiner Ansicht hat allerdings der Verkäufer grundsätzlich kein Recht auf Verbesserung der mangelhaften Sache. Im preuß. allgem. Landrecht[6]) war dem Verkäufer ausdrücklich das Nachbesserungsrecht zuerkannt. Diese Bestimmung wurde jedoch nicht in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen. Wie es in den Motiven heißt,[7]) sollte der Veräußerer seinerseits nicht berechtigt sein, an Stelle der vertragswidrigen eine mangelfreie Sache zu liefern und deren Annahme zu fordern; derselbe müßte die Folgen seines vertragswidrigen Verhaltens in vollem Umfange tragen. Auch in den Kommissionsberatungen wurde erklärt,[8]) daß hierfür kein praktisches Bedürfnis bestehe und der Verkäufer die Sachlage durch die von ihm zu vertretende mangelhafte Lieferung verändert habe, daher es nur billig erscheine, daß er die aus dieser Veränderung sich ergebenden Folgen zu tragen habe. Es wurde

---

[4]) Ders. Anm. 55 zu § 377 S. 1620.

[5]) Cosack § 127 V, 2.

[6]) ALR. I, 5 §§ 325 ff.

[7]) Mot. S. 227.

[8]) Prot. Bd. 1 S. 715.

daher eine ausdrückliche Bestimmung, die dem Verkäufer das Nachbesserungsrecht gewährte, in das Bürgerliche Gesetzbuch nicht aufgenommen. „Mangels positiver Bestimmung des Gesetzes ist es aber", wie Schröder[9]) mit Recht sagt, „nicht angängig, den im Moment des Gefahrüberganges" vorhandenen (Schröder schreibt „entstandenen", was m. E., wie oben ausgeführt, nicht zutrifft) „Gewährleistungsanspruch des Käufers auf Grund späterer Umstände wieder in Frage zu stellen". Dieses trifft um so mehr zu, als das Bürgerliche Gesetzbuch beim Werkvertrag, bei dem es wiederholt auf die Vorschriften über den Kauf, insbesondere auch auf die Wandelung und Minderung verweist, ausdrücklich im § 634 dem Unternehmer ein Recht auf Nachbesserung gibt, indem es dem Besteller ein Recht auf Wandelung oder Minderung erst gibt, nachdem die dem Unternehmer zur Beseitigung des Mangels bestimmte Frist abgelaufen ist. Würde der Verkäufer ebenfalls ein Recht auf Nachbesserung haben, so wäre diese ausdrückliche Bestimmung ja überflüssig, es würde der einfache Hinweis auf die Gewährleistungsansprüche genügt haben.

Staub geht aber in dieser Beziehung zu weit, wenn er infolge der Nichterwähnung derartiger Rechte im Bürgerlichen Gesetzbuche und unter Bezugnahme auf die Prot. Bd. 1 S. 967 ff. dem Verkäufer schlechthin das Recht auf Nachbesserung abspricht. In den Motiven[10]) zu § 383 des 1. Entw. wird ausdrücklich gesagt, daß durch die Nichtaufnahme des im preuß. allgem. Landrecht dem Verkäufer zustehenden Nachbesserungsrechts nicht ausgesprochen sein solle, daß der Verkäufer nicht doch nach den besonderen Umständen des Einzelfalles durch Beseitigung des Mangels die Gewährleistungsansprüche des Käufers ausschließen könne.

Welches sind nun die Voraussetzungen für das Nachbesserungsrecht des Verkäufers?

Oertmann[11]) faßt sie allgemein dahin zusammen:

1. Die Behebbarkeit des Mangels muß von vornherein sicher oder doch mit einer der Sicherheit praktisch nahekommenden Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein.

---

[9]) Schröder S. 13.

[10]) Mot. S. 227.

[11]) Oertmann Anm. 5 b zu § 462 S. 431.

2. Es darf durch die Ausbesserung überhaupt kein oder doch kein den besonderen Vertragszwecken des Käufers zuwiderlaufender Zeitverlust eintreten.

3. Es darf kein sonstiges Interesse des Käufers dadurch verletzt werden.

Diese Auffassung ist nach meiner Ansicht richtig. Es kann dem Käufer nicht zugemutet werden, daß er sich auf die Nachbesserung eines Fehlers einläßt, dessen Beseitigung sehr fraglich erscheint, so daß er womöglich nach vergeblichen Versuchen, den Fehler zu beseitigen, schließlich doch zur Wandelung oder Minderung genötigt ist. Er kann dadurch Schaden erleiden. Dasselbe gilt für solche Reparaturen, deren Erfolg zwar als sicher anzusehen ist, die aber erhebliche Zeit in Anspruch nehmen, wodurch der Käufer wiederum benachteiligt werden kann. Endlich braucht sich der Käufer einer mangelhaften Sache eine Nachbesserung nicht gefallen zu lassen, wenn dadurch irgendein anderes Interesse von ihm verletzt wird. Z. B. ein Raritätensammler kauft einen völlig intakten Degen einer berühmten historischen Persönlichkeit. Bei der Übergabe stellt sich heraus, daß die Klinge zerbrochen ist. Der Verkäufer erbietet sich, eine neue Klinge einzuziehen. Damit ist natürlich dem Käufer nicht gedient.

Wo dagegen die Ausbesserung ohne jeden Nachteil für den Käufer sich bewerkstelligen läßt, muß dieser sie dulden. Dies ergibt sich einmal aus den §§ 157, 226, 242 BGB. Die Grundsätze über Treu und Glauben sind m. E. im ganzen Gebiete des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu beachten. Es besteht daher m. E. kein Grund, diese, wie Staub[12] es will, nur dann gelten zu lassen, wenn auf Grund dieser Bestimmung der Vertragswille dahin festgestellt wird, daß das Nachbesserungsrecht vertraglich eingeräumt werden sollte. Mag auch § 157 BGB. vom Vertragswillen ausgehen und den Parteien einen auf Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte basierenden Vertragswillen unterstellen, so ist beim § 242 BGB. vom Vertragswillen keine Rede. Hier wird nichts unterstellt, sondern dem Gläubiger das positive Recht gegeben, eine Leistung zu verlangen,

[12]) Staub a. a. O.

die den Anforderungen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte entspricht. Auf das Nachbesserungsrecht des Verkäufers sind also die Grundsätze über Treu und Glauben ganz allgemein anzuwenden. Es ist ganz allgemein zu prüfen, ob der Käufer gegen Treu und Glauben handelt, wenn er dem Verkäufer die Nachbesserung der mangelhaften Sache verweigert. Diese Ansicht wird auch von Dernburg,[13] Emerich,[14] Matthiaß,[15] Kipp-Windscheid,[16] Leske,[17] Staudinger,[18] Planck[19] u. a. vertreten und ist auch in der Praxis[20] zur Geltung gekommen. Düringer-Hachenburg[21] meint allerdings, nach dem Gefahrübergang sei eine Nachbesserung nur noch im Einverständnis mit dem Käufer zulässig. Er gibt aber zu, daß eine Verweigerung der Nachbesserung seitens des Käufers gegen Treu und Glauben verstoßen kann.

Selbstverständlich ist es m. E., daß der Käufer nicht aus reiner Schikane die Nachbesserung verweigern darf (§ 226 BGB.).

Aber noch aus einem andern Gesichtspunkte dürfte unter den erwähnten Umständen der Käufer zur Duldung der Nachbesserung verpflichtet sein. Ist wirklich der Mangel ohne Zeit- und Geldverlust des Käufers leicht zu beseitigen, so handelt es sich in den meisten Fällen eben um einen die Tauglichkeit oder den Wert der Sache nur unerheblich beeinträchtigenden Fehler. Es würde also eine Voraussetzung des § 459 BGB. fehlen, also bereits aus diesem Grunde die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen sein.[22])

---

[13]) Dernburg Bd. 2 Anm. 2 zu § 185 S. 69.

[14]) Emerich S. 70.

[15]) Matthiaß S. 498.

[16]) Kipp-Windscheid S. 700 c.

[17]) Leske S. 199.

[18]) Staudinger § 462 VI S. 678.

[19]) Planck § 462 Anm. 4 S. 367.

[20]) RG. Bd. 61 S. 92; RG. 1908 bei Warneyer Bd. 1 Nr. 365; Recht 1909 Nr. 239; KGRspr Bd. 8 S. 65.

[21]) Düringer-Hachenburg Anm. 179 S. 154.

[22]) RG. in LZ. 1907 S. 349; Düringer-Hachenburg Anm. 179 S. 155; Oertmann Anm. 5 b zu § 462 S. 423.

Der Satz, daß der Verkäufer kein Nachbesserungsrecht hat, ist also dahin einzuschränken, daß der Käufer die Ausbesserung eines Mangels nach dem Gefahrübergange dann nicht ablehnen darf, wenn der Mangel sich ohne Verlust für den Käufer an Zeit und Geld und, ohne daß sonst ein besonderes Interesse des Käufers verletzt wird, beseitigen läßt. Daß diese Auffassung auch der Billigkeit entspricht, ergibt sich am deutlichsten beim Versendungskauf. Z. B. ein bei der Ablieferung an den Frachtführer krankes Pferd ist bei der Übergabe an den Käufer wieder gesund. Es wäre doch widersinnig, dem Käufer, der vielleicht aus irgendeinem andern Grunde wieder vom Kaufe loskommen möchte, jetzt auf Grund der praktisch doch völlig belanglosen Tatsache, daß das Tier beim Gefahrübergang krank, also mangelhaft war, die Wandelung zu gewähren.[23]) Die Entscheidung über die Zulässigkeit der Nachbesserung richtet sich natürlich immer nach den Umständen des Einzelfalles.[24]) Dagegen geht Cosack[25]) m. E. zu weit, wenn er unter allen Umständen entsprechend der Nachfrist beim Lieferungsverzuge des Verkäufers für den Verkäufer eine Nachfrist zur Ausbesserung der mangelhaften Sache verlangt. Dafür ist im Gesetz keine Handhabe gegeben, vielmehr spricht, wie oben ausgeführt, das Fehlen jeglicher Bestimmung in dieser Hinsicht im Gegensatz zum Werkvertrag gegen diese Auffassung.[26]) Das Gesagte gilt sowohl für den Spezies- wie für den Gattungskauf.

Hat nun der Verkäufer grundsätzlich, mit der oben ausgeführten Einschränkung, kein Recht, nach erfolgtem Gefahrübergang die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche seitens des Käufers durch Nachbesserung der mangelhaften Sache zu verhindern, so kann umgekehrt der Käufer seinerseits ebenfalls nicht auf Nachbesserung bestehen. Wenn Endemann[27]) meint, der

---

[23]) vgl. Matthiaß S. 274; Planck Anm. Ib zu § 459 S. 362; RG. Bd. 61 S. 93, Bd. 55 S. 207; auch Staub S. 1618, der sonst anderer Ansicht.

[24]) So dürfte z. B. der Käufer einer Maschine nach deren Übergabe sich nicht widersetzen, wenn der Verkäufer nur durch Auswechslung eines Zünders oder durch Einschlagen einer Niete die Maschine gebrauchsfähig machen will.

[25]) Cosack § 127 V, 2 S. 451.

[26]) vgl. auch Endemann § 161 Anm. 18 S. 988.

[27]) Endemann a. a. O.

Käufer habe das Recht, Nachbesserung der Einzelsache oder mangelfreie Gattungssachen zu verlangen, so ist diese Ansicht irrig. Nach § 480 BGB. hat der Käufer einer Gattungssache lediglich das Recht, statt der Wandelung oder Minderung die Lieferung einer mangelfreien Sache an Stelle der mangelhaften zu verlangen. Der Verkäufer ist aber nicht verpflichtet, wenn er dazu imstande wäre, gerade die angebotene oder übergebene Gattungssache auszubessern. Er kann sich eben durch Lieferung einer anderen mangelfreien Sache befreien. Eine derartige Bestimmung wie die des § 480 BGB. für Gattungssachen ist naturgemäß beim Spezieskauf nicht vorhanden. Es ist hier aber auch sonst nirgends dem Käufer ein Recht auf Nachbesserung auf Grund der Gewährleistung des Verkäufers eingeräumt. Selbstverständlich kann der Verkäufer sich vertragsmäßig verpflichten, einen etwaigen Fehler zu beseitigen. Der Käufer kann dann eben auf Grund dieser besonderen Verpflichtung die Nachbesserung verlangen. Diese Verpflichtung kann der Verkäufer z. B. dadurch eingehen, daß er beim Kauf ausdrücklich erklärt, er werde die Sache fehlerlos abliefern; sie kann aber auch stillschweigend erfolgen.[28]) Außerdem ist es möglich, daß der Verkäufer nach dem Vertragsabschluß die Kaufsache vorsätzlich oder fahrlässig beschädigt. In diesem Falle haftet er nach § 276 BGB. für sein Verschulden, und zwar hat er nach § 249 BGB., da er zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand wiederherzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Von diesem Gesichtspunkte aus könnte also der Käufer, wenn sich der Mangel beseitigen und dadurch der frühere Zustand wiederherstellen läßt, die Nachbesserung verlangen.[29])

Abgesehen davon wird der Verkäufer in den meisten Fällen bereit sein, den Mangel zu beseitigen, anstatt es zur Wandelung oder Minderung kommen zu lassen.

---

[28]) vgl. Oertmann § 462 Anm. 5a $\beta$ S. 431 und § 460 Anm. 4 S. 427; Cosack § 127, 3a.

[29]) Oertmann § 462, 5a S. 431; Cosack § 127 V, 1; Staub § 377 Anm. 42; Schollmeyer in IheringsJ. Bd. 49 S. 115; Staudinger Anm. VIb zu § 462 S. 679 u. a.

## 2.

Das bisher Gesagte bezog sich nur auf Mängel, die vor dem Gefahrübergang entstanden sind, gleichgültig, ob sie schon vor oder erst nach dem Übergang der Gefahr entdeckt sind. Für Mängel, die erst nach Gefahrübergang entstanden sind, kommen selbstverständlich die Gewährleistungsansprüche nicht in Betracht. Die Sache ist ja dann zur Zeit des Gefahrüberganges mangelfrei gewesen, was nach § 459 BGB. ja genügt. Im allgemeinen hat jetzt der Käufer den etwa entstehenden Schaden zu tragen, weil eben die Gefahr auf ihn übergegangen ist. Trifft jedoch den Verkäufer ein Verschulden, so haftet er dem Käufer auf Grund der allgemeinen Bestimmungen, insbesondere der §§ 276, 325, 823 BGB. Dieses trifft z. B. zu, wenn der Verkäufer einer Sendung Fische diese ohne jede Konservierungsvorkehrungen durch den Spediteur an den Käufer absendet, obwohl er voraussehen konnten daß warme Witterung eintreten und die Fische auf dem Transport verderben würden. Hier entsteht der Mangel erst nach der Auslieferung an den Spediteur, also nach dem Gefahrübergang; die Gewährleistungsansprüche sind also ausgeschlossen. Der Verkäufer müßte aber auf Grund des § 325 BGB. dem Käufer den Schaden ersetzen.[1])

Eine Besonderheit bildet jedoch der Viehkauf. Hier haftet der Verkäufer auch noch über den Zeitpunkt des Gefahrüberganges hinaus auf Grund der Gewährleistung für Mängel. Nach den §§ 482, 483 BGB. hat der Verkäufer des in § 481 BGB. bezeichneten Viehes sogen. Hauptmängel zu vertreten, wenn sie sich innerhalb einer bestimmten Frist nach dem Gefahrübergang zeigen, weil in diesem Falle gemäß § 484 BGB. die gesetzliche Vermutung besteht, daß der Mangel bereits zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden gewesen ist. Allerdings steht dem Verkäufer gemäß § 292 ZPO. der Gegenbeweis offen. Es wäre aber doch möglich, daß der Verkäufer auf Grund der Gewährleistung für einen Mangel einzustehen hätte, der tatsächlich erst nach dem Gefahrübergang entstanden ist.

---

[1]) Ders. Ansicht u. a. Oertmann Vorbem. 2d zu § 459 S. 418; Düringer-Hachenburg Anm. 181 S. 155 und Anm. 206b S. 174.

## B.

Das Gesamtergebnis meiner Ausführungen ist also folgendes:

I. Die Gewährleistungsansprüche entstehen nicht erst im Zeitpunkte des Gefahrüberganges, sondern bereits mit dem Kaufvertragsabschluß.

II. 1. Bei unbehebbaren Mängeln sind die Gewährleistungsansprüche schon vor dem Gefahrübergang zulässig.

2. Mängel, die bis zum Übergange der Gefahr beseitigt werden, kommen für die Gewährleistung nicht in Frage.

3. Bei Mängeln, die noch zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden sind, hat der Verkäufer grundsätzlich kein Nachbesserungsrecht. Dieses ist ihm nur gegeben, wenn sich der Mangel ohne Verlust an Zeit und Geld für den Käufer und ohne daß ein sonstiges Interesse des Käufers verletzt wird, beseitigen läßt. Im übrigen hat der Käufer die Gewährleistungsansprüche. Umgekehrt hat auch der Käufer keinen Anspruch auf Nachbesserung auf Grund der Gewährleistung.

4. Bei Mängeln, die erst nach dem Gefahrübergang entstanden sind, ist die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen.

---

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.